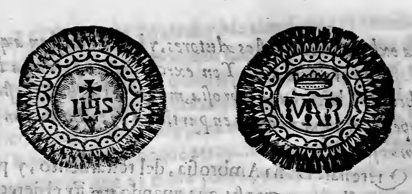


POR DOÑA AMBROSIA DE SANTILLAN,

EN EL PLEYTO CON SUS HERMANOS,

SOBRE LA EXHEREDACION QVE SU PADRE HIZO A LA SUSODICHA.

1 S el caso, que Iacinto Perez de Santillan hizo su testamento, y en èl dixo: *Y porque las leyes divinas, y humanas mandan, y enseñan que se premien los hijos que son obedientes, y buenos, y a los que no lo son, se castiguen para exemplo de los demas, conformandome con esta doctrina, y con la opinion de Villalobos, que trata in summa. part. 2 tract. 30. difficult. 18. num. 40. y lo refiere de Molina, que si el criado se casa con hija, o parienta que està en casa del señor, la pueda exheredar por una ley del Reyno l. 2. tit. 1. lib. 5. de la nueva Recop. y pone el caso de esta ley Flam. Sanch. de matrim. lib. 4. disput. 24. por permitido que lo*

es la exheredacion: y estos Autores, y la ley miraron a que se castigue el delito, &c. Y en execucion de la dicha ley exheredò a la dicha Ambrosia, muger del dicho Sebastian Lopez, para que no entre en particion, y collacion con los demas sus hermanos.

2 Querellase Doña Ambrosia, del testamento, y pide se rompa. Y aunque es assi, que quando nació el derecho civil, y a los principios de su ser tenian los padres aquella profunda facultad de dar vida, y muerte a sus hijos, como refiere el Iurisconsulto Paul. *in l. in suis. 11. in fin.* ibi: *Nec obstat, quod liceat eos exharedare, quos & occidere licebat,* que tambien refiriò el Emperador Constant. *in l. fin. C. de patr. potest.* ibi: *A maioribus tantùm impensum est vt patribus, quibus ius vita in liberos necisque potestas olim erat permissa*: como fue creciendo el derecho, fue estrechando, y aniquilando esta potestad, de suerte, que aquella facultad quedò impedida, y de tal suerte, que antes concediò a los hijos el dominio de los bienes del padre, sin que entre ellos pudiesse aver herencia iacente, pues se continuava el dominio. *dict. l. in suis*, ibi: *Continuationem dominij*: Et ibi: *Quasi olim domini essent*: Et ibi: *Licèt illi non sint haredes instituti, domini tamen sunt.*

3 Porque aquel rigor de las leyes de las 12. Tablas (o sea escritas con sangre, como hizo Dracon *vt refert Simancas, de rep. lib. 4. cap. 11. num. 15.* Y Bobadilla *in polytica, lib. 2. cap. 3. num. 10.* ò dictadas con templada epiqueya, como Solon, ipse Castillo de Bobadilla) dieron los Romanos facultad a los I. C. para interpretarlas; como lo dize Pomp. *in l. verbis, legis. 120.* ibi: *Sed id interpretatione coaugustatum est, vel legum, vel authoritate iura constituentium.* Y assi los I. C. de la Iurisprudencia Romana, quisieron que los Padres dexassen a los hijos instituidos, o justamente exheredados, *toto tit. ff. de liber. & posth.*

4 Y al exheredado sin causa legitima le concedieren

los

los I.C. Vlp. Marc. Marcel. y Maxim. (ora aya tenido origen de la *l. glicia*, como quiso Cuiacio, o de la razon de la Iurisprudencia, como quiso Ant. Fab. *in rationali. l. 3. ff. de inoffic. testamento*) accion para romperlo; porque tuvieron por hombre *non sanæ mentis*, al que exheredava al hijo sin causa: porque atropellava aquellos fueros de naturaleza que ay entre padre, y hijo, y quebrantava aquella piedad, que debe el padre tener al hijo, que por ser obligacion suya el tenerla, la llamò el I. C. Marcian. *officium pietatis. l. 2. ff. de inof. testam.* Y Triphon. *in l. nullā. 10. ff. de obseq. à liber. præst ibi Nam pietatem liberi parentibus non operas debent.* Y el I.C. Maxim. *in l. non est. 4. ff. eodem*, dixo: que los padres que desheredan a sus hijos, yerran, y no se han de consentir que hagan tales injurias a sus hijos, porque abusan mal contra su propria sangre, ibi: *Quod plerumque faciunt malignè contra sanguinem suum inferentes iudicium*: y assi le socorrieron, no con accion ordinaria, como para otros casos, sino cō vna accion ruidosa llamandola *quarella*, quexandose la sangre viva del padre que està en el hijo de aquel cadaver de el padre, que se fue a la otra vida, quebrantando en esta los fueros de la naturaleza.

5 Demas de los I.C. concedieron este remedio los Emperad. en todo el *tit C. de inoffi. testam.* Y el Santo Rey Dō Fernando en sus leyes de Partida, publicadas por su hijo *in tit. 7. p. 6.*

6 Pero tampoco dexò en libertad de los hijos el ser irreverentes a sus padres, ni a estos les cerrò del todo la puerta, porque les dexò facultad para que pudiessen ser exheredados quando los hijos son *ingratos*, id est, *no gratos* al beneficio de la naturaleza, ni prestan el obsequio debido al padre; y deste principio de ingratitud dizen que nacen catorze causas, que a este numero las reduxo Iustin. *in auth. vt cum de appellat. cognosc. §. Aliud quoque capitulum*

*lum coll.*8. Y permitio a los padres por estas catorze causas, y no por otras algunas, la exheredacion de los hijos: todas las aprobaron las leyes de la Partida desde la *l.* 4. hasta la 8. inclusivè, que acaba assi: *Mas si por alguna otra razon qualquier que non fuesse de las sobredichas en estas leyes, desheredasse el padre a su fijo, non le valdria tal desheredamiento, tit. 7. p. 6.*

7 A estas catorze causas añadieron los Reyes Catholicos Don Fernando, y Doña Isabel, en las Cortes que hizieron en Toro, que es la *l.*49. que despues se incorporò en la nueva Recopilaciō *lib.*5. *tit.* 1. *l.* 1. otra, y es, quādo el hijo, o hija contrae matrimonio, que la Iglesia tiene por clandestino: porque aunque la *l.* 4. *tit.* 3. *p.* 4. puso grandes penas a los que casassen clandestinamente, todavia no llegô su rigurosa censura a la exheredacion.

8 De todo lo referido nace la pretension de Doña Ambrosia de Santillan; pues no hallandose en ninguna de estas quinze causas la que refiere su padre en su testamēto, es injusta la exheredacion, pues como esta sea penal no solo no se ha de extender de vn caso a otro, aunque sea de igual, o mayor razon, sino que se ha de estrechar, y contener en los terminos de su especie tan estrechamente, que no se ha de dar lugar al discurso. Paul. *in l. cum quidam.* 19 *ff. deliber. & post.* ibi: *Exhæredationes autem non esse adiubandas*; y por constante lo enseñô el Padre Thom. Sanch. *de matrim. lib.* 4 *q.* 24 *num.* 13.

9 Resta aora satisfacer a la causa, y razones del padre, que sin duda fue algun mal Iurista, o algun Summista presumido, pues ni la ley del Reyno que refire, tal dispone, ni los Autores lo concluyen, y en la forma de citar los Autores se reconoce, que no leyô mas que al Padre Villalobos, suma de Romance, y con este Autor aconsejò que hiziera la exheredacion, con que causò los daños de este pleyto, y otros mayores.

Fue

10 Fue, pues question entre Legistas, y Canonistas: Si por casarse el hijo, o hija sin licencia del padre, podrà exheredarlos? Los mas, y mejores concluyeron, en que no lo puede hazer. De los antiguos lo concluyò assi Philip. Decio *in l. nuptias. 30. ff. de reg. iuris, num. 10. §. Venio ad secundum*, adonde prueba su sentencia con muchas razones, y autoridades: y de los modernos la resolviò con bastantes razones, y autoridades Pich. *instit. de inofficios. testam. princ. tit.* Y su mayor fundamento es, que el Emperador Iust. prescriviò las causas de la exheredacion, y mandò, que por ellas, y no otras se pudiesse hazer, *dict. §. Aliud quoque capitulum*, ibi: *Vt propter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur*: y lo que romanceò y trasladò la ley de la Partida, que es la 8. *tit. 7. p. 6.* ibi: *Mas si por alguna otra razon qualquier que no fuesse de las sobredichas en estas leyes, desheredasse el padre a su hijo, non valdria tal desheredamiento*. Dominus Castillo *de coniect. atque interp. vlt. volunt. tom. 4. cap. 25. nu. 52. in princ.* Pater Thom. Sanch. *de matrim. lib. 4. q. 24. n. 15.* Y aunque se pueden hazer estatutos, castigando los que se casan sin consentimiento del padre, si los huviere, no se guardaràn, pero no los aviendo, tampoco se ha de hazer extencion de vn caso a otro, por lo que està dicho sup. num. 8.

11 No ay ley del Reyno que disponga, se puedan exheredar los hijos por casarse sin consentimiento de sus padres, aunque la qualidad de los maridos sea como fuere: porque solo dispone la ley del Reyno, que es la 1. *tit. 1. lib. 5. recop. Que el que contraxere matrimonio, que la Iglesia tuviere por clandestino (& infra) y que esta sea justa causa, para que el padre, y la madre puedã desheredar si quisieren a sus hijos, o hijas, que el tal matrimonio contraxeren.* Y no probandose, que el matrimonio fue clan-

 destino,

destino, ó que la hija està en las catorze causas del Derecho comun, no pudo el padre desheredarla; y menos lo pudo hazer por la ley que el padre cita, en que se fundò, que es la *ley 2. tit. 1. lib. 5. de la nueva Recop.* porque no ay en toda ella palabra de exheredacion. Lo que dispone es: *Que qualquier hombre que viviere con algun señor, y viviendo con el, se desposare, o casare con la hija, o con la parienta que tenga en su casa, sea echado de el Reyno para siempre, y ella sea desterrada, y que esto lo pueda acusar el padre, o madre*: pero no dize, que lo pueda *exheredar*, que la pueda acusar si; pero no que la *exherede*; tendrà norabuena lo penal contra si la hija; pero no la *exheredacion*, de cuya invalidacion se trata en este pleyto, y no se puede tratar de la pena.

12 Las autoridades que tambien citò, estàn reprobadas, porque el padre Villalobos no asienta esto por doctrina fixa, sino refiere, que lo dize Molina sin conformarse cõ essa opinion, antes dos §§. antecedẽtes dize lo contrario: pues en *dict. tract. 30. difficult. 17. pag. mihi. 442.* dize assi: *Mas por casarse la hija contra la voluntad de sus padres, no la pueden desheredar aunque sea menor de 25. años, &c.* demas, que este padre, aunque tiene mucha autoridad en las materias Theologicas, en los Juristas padeciò naufragio.

13 Y el Padre Molina *de iust. & iure tract. 2. disp. 176. vers. In eodem Castellæ Regno, fol. 666.* no disputò la materia, antes dudosamente dixo: *Credo autem*: palabras q̃ inducen duda, y no sentencia: y si esta se govierna por la ley del Reyno, que cita, la entendio mal, pues ella no permite la exheredacion: materia odiosa, y contra el Derecho natural, segun doctrina de Paul. C. L. in *l. cum ratio ff. de bonis damnat. vel ff. de portion. quælib. dam. conced.* ibi: *Cum ratio naturalis quasi lex quadam tacita liberis parentum hereditatem adijceret, veluti ad debitam successionem eos vocando.*

Ya

14 Y a la autoridad del Padre Thomas Sanch. se responde, que èl en seis renglones no cabales llevò esta sentencia sin disputarla, y sin controvertirla. Y el, y todos, *sine duce, & sine luce*; porque aunque dixo antes, que no se podian exheredar los hijos en Castilla, si no es por el matrimonio clandestino, y que estàn revocadas las leyes de fuero, y ordenamiento por la Prematica de la publicacion de la nueva Recopilacion, concluyò diziendo, que en Castilla avia otro caso por que se pudiera exheredar, que es por disposicion de la *l. 2. tit. 1. lib. 5. Recop.* y esta ley, como esta dicho *sup. num.* 11. no dize tal cosa.

15 Antes la entiende Azevedo *ibi num.* 5. que esta ley habla en matrimonio clandestino, como la primera, y que aquella palabra de la ley (*sin su mandado*) se ha de latinizar como èl la latiniza *clandestinè*: porque lo demas (dize) fuera cõtra la libertad de los matrimonios. Y añade, que vna, y otra ley estàn revocadas por el Concilio Tridentino. Y lo mismo enseñò Matienço en la dicha *l. Gloss.* 4 desde el *num.* 2. Y concluye *num.* 4. *in fin.* diziendo, que por el Concilio quedaron infringidas, y extinguidas las leyes penales, que hablan cerca del matrimonio. Y latissimamente con infinitos Autores que cita, lo enseña assi el Obispo Augustin Barbo. *en la collect. in auth. si post. C. de inofficios. testam. num.* 2. Y al *Cap.* 1. *sess.* 24. *de reform.* del *Conc. Trid.* Y *num.* 17. dize: *Vnde parentes nõ posse liberos exhæredare, nec eis dotem denegare, eo quod contrahant matrimonium ipsis invitis, ac proinde esse abrogatas leges, civiles permitentes patri filios exhæredare, &c.* Y con razon; porque quando se hizo la ley del Reyno, fue en la era de 386. y 200. años despues se celebrò el Concilio. Y assi el señor Molin. *de primog. lib.* 2. *cap* 16. *num.* 4. *vsq. ad* 10. dize, que estas leyes del Reyno se han de executar en el matrimonio clandestino, pero no quando la hija se casa sin consentimiento del padre, y alli

illi sus *Addit.* y es corriente de todos, y el Padre Thom. Sanch. *de matrim. lib. 4. quæst. 25. num. 2.* Y Pedro Barbosa *in l. 1. p. 9. num. 35. ff. solut. matrim.* Y vltimamẽte basta ser sentencia del señor Presidente Covarrub. *de matrim. p. 2. cap. 3. §. 8. num. 5. y num. 6.*

26 Lo que causa admiracion es, que estos Autores en q̃ se fundò el padre, no ayan reparado en este punto, si no es que digamos les llevò el engaño de la Imprenta, no leyendo el texto en su original, sino en el que pone Matienzo en la impression de Madrid, año de 1597. adonde està la clausula, que dize: *Las justicias le maten, y ella sea deseheredada.* Y el texto de la novissima Recopilac. impresso en Madrid año de 1640. dize: *Y ella sea desterrada*: de suerte, que siendo la verdadera letra *desterrada*, se engañarõ, y pusieron: *Desheredada*; como se vè en el texto de Matienço, por quien se rigieron dichos Autores; y si huvieran visto al señor Covarrubias, varon tan pio, y tan docto, no huvieran padecido el engaño de la letra.

27 Pero ay dos cosas por donde excluir la exheredacion del padre, la primera, que el Hecho de la qualidad de domestico no es cierta. La segunda, y mas principal es, que la hija tenia mas de 25. años, en cuya edad no tiene obligacion à tomar concejo del padre para casarse, sino que lo puede hazer ella con qualquiera, aunque sea indigno, y no la puede desheredar; text. *in dict. Auth. vt cum de appellatio. §. Causas*, ibi: *Si verò vsque ad. 25. annorum ætatem pervenerit filia, & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contingerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se libero tamen coniungeret, hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari.* Y dà la razon el Cesar, ibi: *Quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Que quãdo esta Auth. se incorporò *in C. de inoff. testam. in auth. sed post viginti*; aquellas palabras *ad ingratitudinem filiæ nolumus*

mus imputari: se convirtieron, *in eam, exheredare non potest:* y fue ley inviolable de Partida, que es la 5. *tit.* 7. *p.*6. ibi: *Pero si el padre alongasse el casamiento de su fija, de manera, que ella passasse de edad de 25. años, si despues desto ficiesse ella yerro, o enemiga de su cuerpo, o se casasse contra voluntad de su padre, non podria el desheredarla por tal razon: porque semeja, que el fue en culpa del yerro que ella fizo, porque tardó tanto, que la non casò.* Y demas de ser estos textos expressos, es comun de los DD. *vt videre est apud* Thom. Sanchez *de matrim. lib.* 4. *disp.* 24. *num.* 5. Pedro Barbos. *de matrim. l.* 1. *p.* 4. *num.* 31. *y* 32. Benedicto Egid. *de iur. & privileg. honestat. artic.* 7. *num.* 2.

18 Dixe que no està el Hecho referido en la exheredacion, probado: porque aunque el padre lo diga, no basta, y es necessaria probança concluyente. *l. omnimodo.* 30. *C. de inoffi testam. in princ.* Y en la *Auth. non licet. C. de liber. præter.* ibi: *Non licet parenti aliquem ex liberis exhæredare, vel præterire, nisi is probetur ingratus, & ingratitudinis causas nominatim inserat testamento.* Y la *l. de la Partida.* 10. *tit.* 7. *p.* 6. dixo, que no basta que lo diga el padre, si no lo prueba, y expressa: porque no lo puede hazer su heredero, ibi: *Pero dezimos, que maguer diga el padre en su testamento razon cierta por que deshereda a su fijo, o su nieto, que non deve ser creido a menos de la probar èl mesmo, ò aquellos que establecio por sus herederos.* Pero si no dio razon especial, ni causa particular, no la pueden dar sus herederos, ibi: *Si por ventura el padre non dixesse en su testamento razon cierta por qué desheredava a los que descienden del, non lo podria despues mostrar el heredero:* y asi no aviendo probado la dicha qualidad, no procede la exheredacion.

19 Y siendo injusta la exheredacion, se rompe el testamento, o por lo menos todas aquellas clausulas que contienen

tienen con vicios, contumelias, y odio de la exheredada, pues todo nace de aquel principio injusto contra la piedad natural, y pues por el se anulla lo principal del testamento, que es la institucion, se han de anullar todas las clausulas que miran à apartar de la herencia à la exheredada, y a defraudarle con exclusiones de legados, y mandas fechas à otros hijos: pues siempre los actos humanos se rigen, y goviernan por la causa, y principio que motivò la accion: que si ella es injusta, y el principio vicioso, todos sus efectos se visten de este daño, y para calificarlos de buenos, o malos, se atiende a su principio. Assi lo enseñò el Emperad. Constant. *in l. quoniam multa facinora. Cod. ad l. Iuliam, de vi pub.* castigando al que dio motivo a la causa, ibi: *In eu supplicium exerceri, qui vim facere tentaverit, & alterius parti causam malorum praebuerit.* Y lo dio a entender Vlp. *in l. 1. §. Cum arietes ff. si quadrupes pau. fecis. dic.* Y fue doctrina de Andres Gail. *de pace publ. lib. 1. cap. 16. num. 17. in fin.* Y por el principio bueno escusò el I. C. al padre en la muerte de su hija, *in l. 23. §. fin. ff. ad l. Iul. de adult.*

20 Fue de tan *malignantis natura* la exheredacion, que por ella el Derecho anullò todo el testamento, segun decision de Papiniano *in l. Papin. §. Ex causa. ff. de inoffic. testam.* ibi: *Et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur.*

21 Mas este rigor lo templò el Emperador Iustin. en la *Auth. ex causa. C. de liber. praeter.* y la *l. fin. tit. 8. p. 6. vers. Otrosi dezimos.* Y aũ este Aut. padece muchas limitaciones, vna fue, que quãdo la pretericion es, porque el padre ignorava el hijo, o el posthumo, que en tal caso peca de ignorancia, y se le permite que valgan los legados, y se execute la dicha *auth. ex causa.* At verò, quando supo que tenia hijo, y lo preterio, o exheredò; entonces peca de malicia, y rompe el testamento en el todo en institucion,

cion, y legados, porque nace de aquel injusto principio. Es estremado lugar el de Guil. e Bened. *in Cap. Raynutius, verb. In eodem testam. relinquens*, el primero nu. 231. ibi: *Sed quando filium scienter præterijt, peccat in duo, scilicet ut quia formam omisit, & nihilominus contra pietatem egit præteriendo filium, quem habere sciebat, ideò puniri videtur in hæredis institutione, & legatorum nullitate, secundùm Bald. in d. l. filio præterito, referentem ibi totum Collegium Mediolanense ita consuluisse, & sequitur Bald. Salicet. & Fulgos. & videtur inclinare Alex. in d. Auth. ex causa.* Y dize Bald. que si el padre tenia hijos, è instituyò a unos, y a otros preteriò, que pagàran los legados los instituidos, y no el que rompiò el testamento por preterición, o exheredacion *in l. filio præterito 17 ff. de inius. rupt. num. 2.* ibi: *Secundo casu quando testator cogitavit de filijs gravandis, tunc non cogitavit de isto* (scilicet præterito, vel exhæredato) *de quo quæritur, videtur subdistinguendum, quod aut loquimur, quo ad partem eorum, de quibus cogitavit, & deberentur legata pro illa parte, aut quoad portionem eius, de quo non cogitavit & pro illa portione non debentur legata.* Y assi Doña Ambrosia exheredada llevarà su porcion entera, y pagaràn sus hermanos instituidos los legados; *maximè*, que no se ofenden, ni gravan sus legitimas con la paga de los legados, pues todos caben en el quinto.

22 Y aunque ocurre al discurso la decision de los señores Reyes Catholicos *in l. 24. Taur.* que dize: *Que quando el testamento se rompiere, o anullare por causa de pretericion, o exheredacion, en el qual huviere mejoria de tercio, y quinto, no por esso se rompa, ni menos dexe de valer el dicho tercio, y quinto, como si el dicho testamento no se rompiesse*; reformando con esto el establecimiento de Vlp. *in l. Papinianus 8. § Si ex causa. ff. de inoffic. testam.* Pero esta ley habla en mejora de tercio, y quinto, y no

en

en los demas legados, y se entiende, y se deve entender en el caso propuesto numero antecedente, que es quando *præteritio facta est ab ignoranti*, y quando la exheredació es sin causa, a que demas de los Autores citados se añade Antonio Gom. *in d.l. 24. verſ. Sed his non obſtantibus, num.* 3. Matienzo *in l.8.tit.6.lib.5.recop.Gloſſ.1.num.5.*

23 Pero en caso que se sustentaràn los legados, todavia esta parte exheredada à de aver, y llevar su legitima enteramente, sacando del cuerpo de hazienda la porcion legitima, y de lo que quedare, se pagaràn legados, y se partirà en los demas herederos; porque la exheredada rompe el testamento, y hereda ab inteſtato: y en caso que se sustenten los legados, no ha de ser en su perjuyzio, sino q̃ los han de pagar los demas hermanos. Assi es doctrina comun de los Autores antiguos, a quien siguiò Guillerm. Benedic. *in Cap.* Raynutius *de teſtam. verb. In eodem teſtamento relinquens, num.* 241. con estas elegantes palabras, ibi: *Sexto non conſervantur legata per d. Auth. ex cauſa, quatenus eſſent vltra quam ſit illa pars, quæ filio ob veniret præterito, vel exhæredato, ſecundum Bart. in l. Salucius Ariſto ff. de legat. præſtan. & Iaſ. in d. auth. ex cauſa.*

24 Y todo el fundamento se funda, aunque no lo cita ninguno en lo que enseña Papin. *in l. filio.* 17. *ff. de iniuſto rupt. irrit. q. fac. teſt.* adonde dize, que si el hijo preterido rompe el testamento, no deve los legados, ibi: *Filio præterito, qui fuit in patris poteſtate, nec libertates competunt, nec legata præſtantur: ſi præteritus à fratribus partem hæreditatis avocauit.* Y mejor African. *in l. ex duobus.* 14 *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* en cuya especie se halla, que tenia vn padre dos hijos, al vno dexò por heredero, y mandò muchos legados; el otro hijo quedò preterido, este pidio la *bonor. poſſ. cõtra tabul.* y diosele. Preguntò el I.C. quiẽ avia de pagar los legados? I resolvio, q̃ llevàra el

su legitima entera, y què pagàra los legados el instituido que aceptò, aunque se quede con menor porcion, que la que adquiere el preterido, o exheredado, ibi: *Quod si ex minori parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, & quod extraneis quoque legata præstare cogatur.* Y es celebre el texto de Vlpian. *in l. si duo. 16. ff. de legatis præstan.* adonde vn padre tuvo dos hijos, vno emancipado, y otro suyo, instituyò al emancipado, y preteriò al hijo suyo. Este pidio la *bonor. possess. contra tabul.* dudose quien avia de pagar los legados? Resolviò Vlpian. que los pagasse el heredero instituido, y que no pagasse nada el hijo preterido, que rompiò el testamento por la *bonor. possess. contra tabul.* Esto aunque no aya acetado la herencia el emancipado instituido. Y dà la razon, ibi: *Cum rem abintestato habeat, non præstabit liberis, & parentibus legata.* Y aunque estos dos textos referidos, y el texto *in l. is qui in potestate. 15. §. Sed si scriptus*, se oponen antinomiadamente, los compone Cuiacio *tract. 4 ad African.* explicando *dict. l. si duobus*, y dize: Que si el heredero instituido que acetò, o goçò del beneficio de el exheredado, tiene su legitima entera, y con el quinto pueden pagar los legados; èl los pagarà, y no el hermano exheredado, o preterido: porque este llevarà su porcion legitima sin sacar de ella el quinto, ibi: *At contra si plena fruatur voluntate, libenter concedemus in Africani sententia.*

25 Y aunque los textos referidos hablan en hijos preteridos, que si vno aceta, paga todos los legados, y que quando no aceta, sino que pide la *bonor. possess.* entonces el instituido parte con el preterido igualmente la herencia; y que si el instituido lo estava en la tercia parte, viene a ganar, pues si son dos hermanos lleva la mitad. Lo mismo dize Cuiac. que sucede quando vn

hermano es instituido, y otro exheredado, que enton-
ces se igualan las porciones, y viene a llevar el instituido parte como heredero, y parte abintestato, *dict. tract. 4. ad Afric.* ibi: *Et sic querela facit non tantum vt eiusdem pecunia alter sit ex testamento hæres, alter ab intestato, verum etiam, vt vnus idemque sit eiusdem pecuniæ hæres, partim ex testamento, partim ab intestato, quod summé notandum est.*

5 De donde nace, que el exheredado ha de tener su porcion entera sin desfalcarle de ella los legados. Exemplo sea, Vn padre tuvo dos hijos, y 20. ducados de hazienda, mandò dos legados, instituyò a vn hijo, y el otro exheredò: este rompio el testamento, y ha de llevar su porcion entera, que son 10. de el cuerpo de herencia, que importò 20. y el instituido pagarà los legados que cupieren en el quinto de su porcion: y como esta fue 10. y el quinto son 2. con ellos pagarà el instituido los legados. Y de esta suerte se consigue que el exheredado lleva su porcion entera, y lleva tambien su legitima el instituido, y los legados se pagan; conque viene a quedar cumplida la *auth. ex causa*, en caso que no padezca limitacion: y a executarse la decision de Vlpiano *in l. Papinianus. §. Ex causa. ff. de inoffic. testam.* y el juyzio del padre cumplido, y verificadas las doctrinas de los Doctores, que quieren, que el hijo exheredado sin causa suceda *ab intestato* al padre, y lleve tanto quanto llevàra de herencia, si el padre no hiziera testamento: como lo enseñò Vlpian. *in l non putavit. 8. §. fin ff. de bonor. poss. contr. tabul.* ibi: *Prætoris enim propositum est, cùm contra tabulas bonorum possessionem dat eas partes vnicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hæreditate habiturus esset.*

27 Y assi se espera la determinacion en favor de Doña

Ambrosia

Ambrosia, que no solò sea en la institucion, sino tambien en todas aquellas clausulas que la excluyen de la herencia, que se le dè la porcion entera sin desfalcalle de ella los legados, que el padre mandô. Salvo in omnibus. DD. V. C. Pridie Kalen. Decemb. ann. 1665.

Doct. D. Iuan de Oliver.

Ambrosia, que no solo sea en la institucion, sino tambien en todas aquellas clausulas que la excluyen de la herencia, que se le dé la porcion entera sin descalcalle de ella los legados, que el padre mandó. Salvo in omnibus D. V. C. Prudie K. Ienu Decemb. ann. 1657.

Doct. D. Iuan de Oliver.